

**SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PIETER VERLOREN VAN THEMAAT
VOM 16. DEZEMBER 1981¹**

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

1. Der den Vorlagefragen zugrundeliegende Sachverhalt

Nach dem luxemburgischen Code des assurances sociales besteht für alle Arbeitnehmer, die im luxemburgischen Staatsgebiet beschäftigt sind, grundsätzlich eine Pflichtversicherung im Hinblick auf die Erlangung einer Alters- oder Invaliditätsrente. Die Beiträge in Höhe von 12 % des Bruttolohns werden je zur Hälfte von Arbeitgeber und Arbeitnehmern aufgebracht.

Gemäß Artikel 174 Absatz 2 dieses Gesetzes können ausländische Arbeitnehmer, die sich nur zeitweilig im luxemburgischen Staatsgebiet aufhalten, von der Beitragspflicht freigestellt werden. Die französischen Firmen Seco und Desquennes & Giral verlangten im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit der Durchführung von Gleisunterbauarbeiten für die luxemburgische Eisenbahn eine solche Befreiung für ihre Arbeitnehmer.

Nach Artikel 174 Absatz 3 des Gesetzes hat jedoch der Arbeitgeber auch in diesem Fall den auf ihn entfallenden Beitragsanteil zu entrichten.

In Anbetracht der durch die Verordnung Nr. 1408/71 (EWG) und durch mit Drittstaaten geschlossene Abkommen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit bewirkte Anbindung der Systeme der sozialen Sicherheit verzichtet der luxemburgische Sozialversicherungsträger in der Praxis auf die Erhebung des Arbeitnehmeranteils an den Beiträgen, wenn die Arbeitnehmer Angehörige von EWG-Ländern oder von Staaten der oben genannten Art sind.

In den Jahren 1974 bis 1977, auf die sich der Ausgangsrechtsstreit bezieht, beschäftigten die genannten französischen Unternehmen jedoch Arbeitnehmer aus Drittstaaten, mit denen keine derartigen Abkommen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit bestanden. Die Firmen Seco und Desquennes & Giral mußten daher gemäß Artikel 174 Absatz 3 des Code des assurances sociales den auf sie entfallenden Beitragsanteil entrichten. Unstreitig waren die betreffenden Arbeitnehmer während der Durchführung der Arbeiten in Luxemburg im Rahmen des französischen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert. Unstreitig ist auch, daß ihnen in Luxemburg kein Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen wegen Alter oder Invalidität zustand. Gegen den Bescheid des betreffenden luxemburgischen Sozialversicherungsträgers (EVI) haben beide Unternehmen mit der Begründung Klage erhoben, der Bescheid laufe den Vorschriften des EWG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr zuwider.

Im Rahmen dieser Rechtsstreitigkeiten hat die Cour de Cassation des Großherzogtums Luxemburg dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Artikel 60 des Vertrages von Rom dahin auszulegen, daß ein Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften aufgrund seiner nationalen Rechtsvorschriften vor einer ausländischen natürlichen oder juristischen Person, die einem Mitgliedstaat der Gemeinschaften angehört bzw. in einem solchen ansässig ist und vorübergehend Arbeiten in dem erstgenannten Staat durchführt, wozu sie als Arbeitnehmer Staatsangehörige

¹ — Aus dem Niederländischen übersetzt.

von Staaten beschäftigt, die keine Verbindung zur Gemeinschaft haben, die Zahlung des Arbeitgeberanteils an den Beiträgen zur Alters- und Invaliditätsversicherung verlangen darf, oder verstößt dieses Verlangen im Hinblick darauf, daß dieser gemeinschaftsangehörige Erbringer von Dienstleistungen sowohl in seinem Herkunfts- oder Niederlassungsstaat zur Zahlung unter anderem des Arbeitgeberanteils für seine ausländischen Arbeitnehmer als auch in dem Staat zur Zahlung des Arbeitgeberanteils verpflichtet ist, in dem er vorübergehend seine Leistungen mit Hilfe ausländischer Arbeitskräfte erbringt, als diskriminierende Praxis, die sich zum Nachteil des freien Dienstleistungsverkehrs auswirkt, gegen die genannte oder andere gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen?

2. Für den Fall, daß die Antwort auf die erste Frage dahin geht, daß die beschriebene Praxis grundsätzlich eine verbotene diskriminierende Praxis darstellt: Muß das Ergebnis genauso oder kann es anders lauten, wenn der Leistungserbringer praktisch den Nachteil der doppelten Zahlung des Arbeitgeberanteils durch andere wirtschaftliche Faktoren ausgleicht — etwa durch Zahlung von Löhnen an seine ausländischen Arbeitskräfte, die niedriger sind als der soziale Mindestlohn in dem Land der Dienstleistungserbringung oder die in diesem Staat tarifvertraglich festgelegten Löhne?

2. Die schriftlichen und mündlichen Erklärungen

Wegen einer Zusammenfassung der schriftlichen Erklärungen, die zu diesen Fragen von den beiden am Ausgangsverfahren beteiligten französischen Unternehmen, vom EVI und von der Kommission abgegeben worden sind, verweise ich auf den Sitzungsbericht. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter des EVI besonderes Gewicht auf die

Feststellung gelegt, daß Luxemburg den nicht aus der Gemeinschaft stammenden Arbeitnehmern der französischen Unternehmen die Einreise und die Erteilung einer Arbeitserlaubnis auch ganz hätte verweigern können.

Auf Ersuchen des Gerichtshofes hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung eine kurze Übersicht über die Behandlung der Frage einer „doppelten“ Erhebung des auf die Arbeitgeber entfallenden Beitragsanteils in den anderen Mitgliedstaaten gegeben. Nach dieser Übersicht gilt in Frankreich, Italien und den Niederlanden ein ähnliches System wie in Luxemburg. In Belgien, Deutschland, Griechenland, Irland und dem Vereinigten Königreich seien jedoch kraft Gesetzes und in Dänemark jedenfalls in der Praxis Arbeitnehmer von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit bei der Durchführung von Arbeiten von begrenzter Dauer von der Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen befreit. Diese Befreiung gelte auch für die Arbeitgeber.

Aus dieser Übersicht hat die Kommission den Schluß gezogen, daß die in Rede stehende Frage nicht nur für die Erläuterung des Gemeinschaftsrechts in bezug auf Luxemburg von Belang sei.

3. Die erste Frage

Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag lautet wie folgt:

„Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.“

In der Frage wird eine mögliche Diskriminierung im Sinne dieses Artikels in dem Umstand gesehen, daß — anders als ein luxemburgisches Unternehmen, das Arbeitnehmer aus Drittstaaten beschäf-

tigt und für sie Beiträge entrichtet — ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat, das solche Arbeitnehmer beschäftigt und bereits in diesem Mitgliedstaat Beiträge für sie entrichtet, in Luxemburg ein zweites Mal zur Zahlung derartiger Beiträge herangezogen wird.

Entgegen der Kommission bin ich der Ansicht, daß die gestellte Frage sehr wohl im Rahmen von Artikel 60 EWG-Vertrag beantwortet werden kann und daß der Gerichtshof — anders vielleicht als in einem Verfahren nach Artikel 169 EWG-Vertrag — seine Antwort nicht auch oder gar ausschließlich auf Artikel 69 EWG-Vertrag zu stützen braucht.

Da auch luxemburgische Arbeitgeber mit Arbeitnehmern aus Drittstaaten, mit denen keine besonderen einschlägigen Abkommen bestehen, den betreffenden Beitrag zu entrichten haben, kann im vorliegenden Fall von einer formalen Diskriminierung nicht gesprochen werden. Die Fragestellung spitzt sich somit auf die beiden Unterfragen zu, ob Artikel 60 EWG-Vertrag auch für materielle Diskriminierungen gilt und ob es sich im vorliegenden Fall um eine derartige materielle Diskriminierung handelt.

Artikel 60 EWG-Vertrag kann wie auch Artikel 52 EWG-Vertrag als eine unmittelbare Ausformung von Artikel 7 EWG-Vertrag angesehen werden. Im Kühl-schrankfall (Rechtssache 13/63, Slg. 1963, 357) hat der Gerichtshof bereits entschieden, daß der letztgenannte Artikel auch eine materielle Diskriminierung verbietet, durch die verschieden gelagerte Sachverhalte gleich behandelt werden.

Auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs wird die Geltung dieses Grundsatzes sicherlich durch die Artikel 57 Absatz 2 und 66 EWG-Vertrag eingeschränkt. Aus diesen Bestimmungen läßt sich meines Erachtens ableiten, daß Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit in anderen Mitgliedstaaten, die sich daraus ergeben, daß in einem solchen Fall die Rechtsvorschriften des Landes

der Niederlassung *neben* den Rechtsvorschriften des Landes anwendbar sind, in dem die Dienstleistung erbracht wird, als solche noch keine verbotene materielle Diskriminierung bewirken. Dieser Gedanke liegt meiner Ansicht nach auch den Urteilen des Gerichtshofes in den Rechtssachen 16/78 (Choquet, Slg. 1978, 2293) und 52/79 (Debauve, Slg. 1980, 833) zugrunde. Wie sich jedoch aus den Urteilen in den Rechtssachen 36/74 (van Binsbergen, Slg. 1974, 1299), 39/75 (Coenen, Slg. 1975, 1579) und 52/79 (Debauve, Slg. 1980, 833) — soweit hier einschlägig — auch ergibt, müssen die betreffenden nationalen Vorschriften des Landes, in dem die Leistung erbracht wird, durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sein. Ferner müssen diese Vorschriften objektiv erforderlich sein, dürfen nicht durch weniger einschränkende Bestimmungen ersetzbar sein und müssen für alle Dienstleistungen, die in dem betreffenden Gebiet erbracht werden, in gleicher Weise gelten. Im genannten Urteil in der Rechtssache Debauve ergänzte der Gerichtshof diese Feststellungen um die auch für die vorliegende Rechtssache bedeutsame Klausel, daß derartige Bestimmungen nur insoweit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, „als ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Leistungserbringer dort ähnlichen Vorschriften nicht unterworfen ist“. Eine ähnliche Formulierung findet sich übrigens bereits im Urteil des Gerichtshofes in den Rechtssachen 110 und 111/78 (van Wesemael, Slg. 1979, 35). Im Lichte der Artikel 57 Absatz 2 und 66 EWG-Vertrag muß eine solche Klausel in der Rechtsprechung des Gerichtshofes meines Erachtens als in dem Sinne einschränkend verstanden werden, daß sie nur gilt, soweit die Vorschriften im Niederlassungsstaat tatsächlich materiell gleichwertige Garantien für die Wahrung des objektiv gerechtfertigten Allgemeininteresses bieten wie die herangezogene Vorschrift des Landes, in dem die Leistung erbracht wird. Für nicht ausreichend halte ich es, daß die

Vorschriften denselben Regelungsgegenstand haben. Dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 71/76 (Thieffry, Slg. 1977, 765) läßt sich wohl entnehmen, daß materielle Gleichwertigkeit der Garantien auch bei geringen Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften angenommen werden kann.

Aus der angeführten früheren Rechtsprechung läßt sich somit meines Erachtens der Schluß ziehen, daß die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag seit dem Ende der Übergangszeit auch die materielle Diskriminierung verbietet, die sich aus der Gleichbehandlung von Sachverhalten ergibt, die tatsächlich nicht vergleichbar sind. Die eigenen Staatsangehörigen unterliegen nur den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten dagegen zugleich den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie ansässig sind, während die letztgenannten Vorschriften materiell gleiche Garantien für die Wahrung des betreffenden Allgemeininteresses bieten. Zugleich scheint mir aus den angeführten Feststellungen in den Urteilen van Wese-mael und Debaue zu folgen, daß in einem solchen Fall sich überlappende und den Dienstleistungsbringer damit doppelt „belastender“ Geltung der Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, und der Rechtsvorschriften des Staates, in dem der Leistende ansässig ist, grundsätzlich den letztgenannten Rechtsvorschriften Vorrang einzuräumen ist. Wie sich jedoch dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 15/78 (Koestler, Slg. 1978, 1971) entnehmen läßt, braucht dieser „grundsätzliche Vorrang der Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates“ nicht zu einer Besserstellung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten infolge der Nichtanwendung des Rechtes des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, zu führen. Alle angeführten Schlußfolgerungen gelten selbstverständlich unbeschadet weitergehender Be-

schränkungen der Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten, die sich aus der Koordinierung oder Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten aufgrund der Artikel 57 und 66 EWG-Vertrag oder aufgrund anderer Koordinierungs- oder Harmonisierungsvorschriften des Vertrages ergeben können.

Die zweite Unterfrage, die nun noch zu beantworten ist, geht dahin, ob diese Schlußfolgerungen auch für einander überlagernde Verpflichtungen zur Entrichtung von Beiträgen zur Alters- und Invaliditätsrentenversicherung wie der hier in Rede stehenden Art gelten. Dies ist insofern nicht selbstverständlich, als sich alle angeführten Urteile auf Rechtsvorschriften beziehen, die den Zugang zur Beschäftigung oder deren Ausübung als solche betreffen.

Auch das Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs vom 18. Dezember 1961 (ABl. 1962, S. 32) verschafft keinen eindeutigen Aufschluß im Hinblick auf diese zweite Unterfrage. Das Verzeichnis der aufzuhebenden beschränkenden Bestimmungen läßt zwar erkennen, daß diese auch auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit liegen können. Unter A Buchstabe g des Allgemeinen Programms werden als solche unter anderem Vorschriften genannt, die allein für Ausländer „das Recht auf Teilnahme an den Einrichtungen der sozialen Sicherheit, vor allem an der Kranken-, Unfall-, Invaliden- und Altersversicherung, sowie auf Berücksichtigung bei der Gewährung von Familienzulagen verwehren oder einschränken“. Dennoch genügt diese Bestimmung wohl nicht, um den vorliegenden Fall in den Geltungsbereich von Artikel 60 EWG-Vertrag einzubeziehen. Erstens geht es hier, wie sich aus dem Wortlaut der einschlägigen luxemburgischen Vorschrift ergibt, nicht um eine Bestimmung, die *allein* für Ausländer gilt. Zweitens geht es im vorliegenden Fall um etwas völlig anderes als

um eine Beschränkung des Zugangs zum luxemburgischen System der sozialen Sicherheit, nämlich um einen Fall tatsächlicher Beschränkung der Erbringung von Dienstleistungen durch doppelte Beitragserhebung.

Eher scheint es sich hier um eine Vorschrift oder Praktik zu handeln, die allein für Ausländer „die Erbringung von Dienstleistungen durch steuerliche oder andere Lasten ... finanziell erschweren“, wie es in diesem Programm unter A Buchstabe e heißt. Da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes auch materielle Diskriminierungen unter den vorgenannten Voraussetzungen verboten sind, dürfte meines Erachtens die Erhebung von Beiträgen, denen keine besondere soziale Sicherung der betroffenen Arbeitnehmer gegenübersteht und die Arbeitgeber, die im Land ihrer Niederlassung ebenfalls beitragspflichtig sind, stärker belastet als inländische Arbeitgeber, auch nach der Ratio der angeführten Bestimmungen des Allgemeinen Programms als verboten anzusehen seien.

Gegenüber einer so allgemein formulierten Schlußfolgerung sind jedoch meines Erachtens einige Vorbehalte anzubringen. Titel III des Allgemeinen Programms enthält nämlich einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen- oder Sonderbestimmungen, zu denen unter anderem die „Bestimmungen ... über die steuerlichen Regelungen“ gezählt werden. Da diese Bestimmungen mit den „Bestimmungen über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen“ in einer Gruppe zusammengefaßt sind, ist hier vermutlich nur an die Artikel 95 bis 99 EWG-Vertrag gedacht, die den Titel „Steuerliche Vorschriften“ tragen. Ich halte es aber nicht für ausgeschlossen, daß auch an Artikel 220 EWG-Vertrag gedacht ist, der unter anderem besondere Verhandlungen vorsieht, um die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft sicherzustellen. Aufgrund der

letztgenannten Vorschrift und mit Rücksicht auf die bekannten Komplikationen dieses Problems zögere ich in der Tat, die Frage der Beseitigung der Doppelbesteuerung und der doppelten Beitragserhebung ganz allgemein als über die Artikel 52 ff. und 59 ff. EWG-Vertrag lösbar anzusehen, soweit das Phänomen der Doppelbesteuerung durch den Herkunftsstaat und den Staat der Betriebsausübung die Aufnahme selbständiger Erwerbstätigkeiten oder deren Ausübung beschränkt.

Dennoch läßt sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes meiner Ansicht nach ein beschränkter Beitrag zur Lösung der allgemeinen Frage der Beseitigung der Doppelbesteuerung in der angeführten weiten Bedeutung dieses Begriffs gewinnen. Neben den bereits genannten, in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien möchte ich in diesem Zusammenhang insbesondere noch die im Coditel-Urteil (Rechtssache 62/79, Slg. 1980, 881, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe) gezogene absolute Grenze nennen, daß die Anwendung im übrigen zulässiger nationaler Rechtsvorschriften sich nicht als ein Mittel „willkürlicher Diskriminierung oder als eine versteckte Beschränkung in den Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten“ darstellen darf. Die Erhebung von Beiträgen von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedstaaten in Fällen wie dem vorliegenden ist nicht nur unnötig für das gute Funktionieren des luxemburgischen Systems der sozialen Sicherheit, sondern läuft auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider. Denn mit dieser Beitragserhebung ist keine besondere soziale Sicherung der betroffenen Arbeitnehmer verbunden. Zudem steht fest, daß für die betroffenen Arbeitnehmer die sich aus dem französischen System der sozialen Sicherheit ergebenden Rechte und Pflichten gelten. Die Beitragserhebung in Fällen wie dem vorliegenden stellt somit auch eine versteckte Beschränkung von Dienstleistun-

gen aus anderen Mitgliedstaaten dar, da sie den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des EVI zufolge mit dazu dient, einen Wettbewerbsvorteil des ausländischen Arbeitgebers auszugleichen.

Auf der Grundlage der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes komme ich also zu folgendem Ergebnis:

Ungeachtet der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer verstößt es gegen Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag, wenn ein Mitgliedstaat einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat eine Beitragspflicht auferlegt, ohne daß er den betroffenen Arbeitnehmern ein erhöhtes Maß an sozialer Sicherheit zuerkennt, während dieser Arbeitgeber in dem Land, in dem er niedergelassen ist, im Hinblick auf die betroffenen Arbeitnehmer einer vergleichbaren Beitragspflicht unterliegt und sich diese Beitragspflicht auf die soziale Sicherstellung der betroffenen Arbeitnehmer bei der Ausführung von Arbeiten im erstgenannten Staat erstreckt.

4. Die zweite Frage

Mit ihrer zweiten Frage ersucht die luxemburgische Cour de cassation um Auskunft darüber, ob die Antwort auf die erste Frage anders lauten muß, wenn die Beitragserhebung im Land der

Dienstleistung tatsächlich durch andere wirtschaftliche Faktoren ausgeglichen wird, wie etwa durch die Zahlung von Löhnen, die unter dem in diesem Land geltenden Mindest- oder Tariflohn liegen.

Diese zweite Frage ist meiner Ansicht nach eindeutig zu verneinen.

Es gehört zu den Wesensmerkmalen des unter anderem durch die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs angestrebten Gemeinsamen Marktes, daß jeder Arbeitgeber grundsätzlich die in seinem Land bestehenden Kostenvorteile, etwa durch niedrigere Lohnkosten, im vom Vertrag ebenfalls angestrebten unverfälschten Wettbewerb bei der Erbringung von Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen kann. Soweit derartige Kostenvorteile auf Regelungen oder Praktiken beruhen, die anderen Vertragsvorschriften oder nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen-

den innerstaatlichen Bestimmungen zuwiderlaufen, kann dagegen ausschließlich aufgrund dieser anderen gemeinschaftsrechtlichen oder innerstaatlichen Bestimmungen vorgegangen werden. Im übrigen bin ich nicht sicher, ob es mit Artikel 60 in Einklang gestanden hätte, wenn im vorliegenden Fall von der vom EVI genannten Möglichkeit Gebrauch gemacht worden wäre, den betroffenen Arbeitnehmern die Arbeitserlaubnis zu versagen. Diese Frage ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gestellt, so daß ich sie nicht näher zu untersuchen brauche.